الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العــدل

المدرسة العليا للقضــاء



مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء

بعنوان

الملكية الشائعة

من إعداد الطالب القاضي: تحت إشراف السيد

الدفعة الرابعة عشر

الفترة التكوينية 2006/2003

الفصل التمهيدي

الملكية الشائعة بوجه عام

ونتناول في هذا الفصل التعريف بالملكية الشائعة وتحديد طبيعتها القانونية في مبحث أول، وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها في مبحث ثان.

المبحث الأول

تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية

نتناول في هذا المبحث تعريف الملكية الشائعة في المطلب الأول، ونخصص المطلب الثاني لتحديد طبيعتها القانونية.

المطلب الأول

تعريف الملكية الشائعة

الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني. فهو لا يقتصر على الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى. كما لو أوصى شخص بحق انتفاع لعدة أشخاص، إذ يكون حق الانتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا. وإنما نظم المشرع الملكية الشائعة فحسب لأنها هي الصورة التي يتحقق فيها الشيوع عادة.

أما الحق الشخصي فإنه لا يكون مالا شائعا إذا تعدد أصحابه، بل ينقسم بينهم، مالم يكن غير قابل للانقسام.[1]

وعليه فإن الملكية تكون شائعة في الحالة التي يتعدد فيها الملاك دون أن يكون لكل واحد منهم جزء مفرز محدد، وفي هذا الصدد تنص المادة 713 :" إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك"، ولا يوجد حد لعدد الملاك على الشيوع، إذ يمكن أن يقوم بين شخصين أو أكثر. والأصل عند التعدد أن تتساوى أنصبة الشركاء مالم يقم دليل على غير ذلك.[2]

ويتبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم

1) د/عبد المنعم فرج الصده الملكية في قوانين البلاد العربية دار الفكر العربي ص5.

2) د/توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية الدار الجامعية للطباعة والنشر ص 189.

يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة. فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصـــــــــــــــــــــــــــا (quote-parts)، دون أن ينقسم المال ذاته.[1]

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة، وإنما يمتد إلى الملكية الناقصة في صورها المختلفة من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق وتنطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التي وضعها المشرع بالنسبة للشيوع في الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها.[2]

هذا وينشأ الشيوع من أي سبب منشئ للملكية، فقد يكون السبب المنشئ واقعة مادية كالوفاة والحيازة، وقد يكون تصرفا قانونيا كالعقد والوصية، وأكثر أسباب الشيوع انتشارا في الحياة العملية هو الميراث.

والشيوع عادي وإجباري. فالشيوع العادي (L'indivision ordinaire) هو الشيوع الذي يمكن أن ينقضي بالقسمة، كملكية الورثة لما كان يملكه مورثهم، فهي ملكية شائعة تنقضي بالقسمة أو بأسباب أخرى. والشيوع الإجباري (L'indivision Forcée) هو الشيوع الذي لا ينقضي بالقسمة كملكية الحائط المشترك وكملكية الأجزاء المشتركة في تمليك الشقق.[3]

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

إن تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شيء واحد في نفس الوقت خلافا للوضع العادي للملكية. يثير التساؤل حول طبيعة حق الشريك على الشيوع. والذي أدى بدوره إلى خلاف فقهي حول هذه المسألة.

فذهب رأي إلى القول بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادي معين. ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس إلا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثلث أو الربع) ، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة، حتى إذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق.[4]

ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية. فاتجهوا إلى القول بأن الملكية في حالة الشيوع تكون لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء، وعلى هذا النحو يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة. [5]

---

1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية الجزء 8 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان-ص796.

5.4.2) د/ مصطفى محمد الجمال نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث ص 75.74.73.

3) د/ عبد الناصر توفيق العطار شرح أحكام حق الملكية توزيع دار الفكر العربي ص 95-96.

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب إلى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي، فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين إذ الحقوق في قانوننا الوضعي لا تثبت إلا للأشخاص ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وحتى إذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فإن معنى ذلك أن تتملك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك. (1)

وذهب رأي آخر إلى أن حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، إذ أن الشيوع ينطوي على صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن اعتبار الشيوع صورة من صور التملك يقتضي إما اعتبار الشيء مملوكا لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكا لكل من الشركاء، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك فمن يكون إذا هو مالك الشيء الشائع ؟

لهذا كان الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية. فملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك، أما الشيء وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ. أي أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء، بينما لا يكون هناك تقسيم مادي للشيء. ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعه وإن كان محددا بقدر حصته. وهذا هو التكييف السليم. (2)

والملكية في الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة :- الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين. فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. (3)

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التكييف. فاعتبر حق الشريك المشتاع حق ملكية حيث نصت المادة 714 من القانون المدني على أن :" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...".

وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، كالقرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 ، والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما له أن يتصرف فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

1) د/ مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص 74. 75.

2) د/عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 11.

3) د/رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان. ص 516.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرضية آلت إلى الطـــــاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون. [1]

والقرار المؤرخ في 1987/04/08 ملف رقم 39496 الذي جاء في حيثياته :" من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع له أن يتصرف في حصته دون أن يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضدها لم يلحقها ضرر من البيع ولم تجر قسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع وطرد المشتري وتعويض المدعى عليها خرقوا القانون. [2]

المبحث الثاني

تمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية

الملكية أنواع . فهناك الملكية الفردية التي تتميز بأن المالك فيها فرد أي شخص طبيعي أو معنوي، والتي تكون إما مفرزة أو شائعة. وهناك الملكية الجماعية، المالك فيها جماعة ليس لها شخصية اعتبارية وهي الملكية المشتركة، وتبعا لذلك ارتأينا تخصيص هذا المبحث لتمييز الملكية الشائعة عن غيرها من أنواع الملكية السالفة الذكر وفقا للتفصيل الآتي:–

المطلب الأول

تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة

الأصل في الملكية أن تثبت للشخص الواحد على الشيء. فيقال لها ملكية مفرزة. ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء فيقال لها ملكية شائعة.[3]

والملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على شيء بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع. فحق الشريك في الشيوع يرد على الشيء بنسبة حصته فيه. [4]

أمـــــا الملكية المفرزة فهي التي يملك فيها الشـــــخص الشيء دون أن يشـــــــــــاركه أحد فيه.[5]

---

1 .2) الأستاذ: عمر بن سعيد الاجتهاد القصائي وفقا لأحكام القانون المدني. دار الهدى ص450.449.

3) د/مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص73.

4) د/عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 5 .

5) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 93.

وعليه فالذي يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة أن الحصة التي يملكها الشريك المشتاع تكون شائعة في الشيء كله فلا تتركز في جانب منه بالذات.[1]

على أن الملكية الشائعة وإن تميزت عن المفرزة، لكنهما من طبيعة واحدة، فكلاهما ملكية فردية، لأن المالك في الملكية المفرزة هو شخص واحد سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا، وإن كان يملك الشيء كله، كما أن المالك على الشيوع هو شخص واحد سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا، وإن كان يملك حصة في الشيء، ويملك غيره من الشركاء باقي الحصص.[2]

وإذا كانت الملكية الشائعة كثيرة الذيوع في مجال العمل. فإنها مع ذلك ليست بالنظام المفيد من الناحية الاقتصادية وذلك بالنظر للقيود الواجب أن يتقيد بها كل شريك على الشيوع مما يغل التصرف بالإضافة إلى أن نظام الشيوع بحد ذاته نظام مؤقت سينتهي في وقت من الأوقات.

وأن المشرع بسبب الأضرار الناتجة عن الشيوع لا يرحب به ولهذا جعل لكل شريك الحق في الخروج من هذا الوضع الاستثنائي بطلب القسمة في أي وقت. وحق طلب القسمة من الحقوق المطلقة التي يعود للمالك حق إجرائها في أي وقت يختاره ولا يجوز التنازل عن هذا الحق مقدما إلا لمدة مؤقتة محدودة تشجيعا للعودة إلى النظام العادي وهو الملكية المفرزة لا الشائعة.[3]

1) د/عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 6.

2) د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 95.

3) زهدي يكن الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا الطبعة الثانية منشورات المكتبة العصرية صيدا بيروت ص138.

المطلب الثاني

تمييز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

يراد بالملكية المشتركة ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا ويطلق عليه اسم (Propriété collective) فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين.

فالملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة لأن هذه لا يمكن أن تنشأ إلا بإرادة الأفراد أي باتفاقهم، في حين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ على رغم الشركاء كما هي الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلا.

ومتى قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني لينتقل إلى الجماعة ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في استغلال الشيء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه ولا يعود للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال نتيجة تصفية الشركة.

بخـــلاف الحـــال في الشيـــــوع حيث يعتبر الشريك مالكا أي صـــــاحب حق عيني على الشـــــــيء. [14]

ويلاحظ أنه لا يترتب على عقد الشركة أن تصبح أموال الشركة مملوكة للشركاء على الشيوع. وإنما تكون هذه الأموال مملوكة ملكية مفرزة للشركة بوصفها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك، فلا تصبح هذه الأموال مملوكة للشركاء على الشيوع إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتها.

كما أن ترتيب حق عيني متفرع عن الملكية، كانتفاع أو ارتفاق، لا يترتب عليه أن يقوم شيوع بين المالك وصاحب هذا الحق، إذ أن لكل منهما حق يختلف عن حق الآخر في مضمونه. بينما يكون الشيوع في الحق الواحد. [2]

1) زهدي يكن المرجع السابق . ص 140.

2) د/عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 6.

الفصل الأول

الانتفاع بالمال الشائع وإدارته

لما كان الشيوع وضعا استثنائيا غير مرغوب فيه فقد تناول المشرع بالتنظيم لا سيما في طريقة الانتفاع به، وهو ما نتناوله –في المبحث الأول–، وإدارته– في المبحث الثاني–.

المبحث الأول

الانتفاع بالمال الشائع

الأصل أن يتم الاتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الانتفاع بالمال الشائع –وقد خصصنا المطلب الأول للحديث عن حق الشريك في الانتفاع ومداه–، غير أنه ونظرا لتعذر مثل هذا الاتفاق في الكثير من الحالات فقد واجه المشرع هذا الفرض من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع قسمة مهيأة –وهو ما نتناوله في المطلب الثاني–.

المطلب الأول

حق الشريك في الانتفاع بالمال الشائع ومداه

للمالك على الشيوع أن يستعمل الشيء الذي يرد عليه حقه وأن يستغله، ولكنه نظرا لأنه لا يملك هذا الشيء بمفرده. وإنما يشاركه آخرون في هذه الملكية، ولعدم تحديد حصة مفرزة لكل مالك، فإن ممارسة المالك لسلطاته في الاستعمال والاستغلال تكون دائما مقيدة بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء.[1]

فللمالك على الشيوع استعمال واستغلال الشيء في حدود معينة وبشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين. وهذا الحق مقرر لجميع الشركاء في استيفاء منافع الشيء الذي يرد عليه ملكهم وبحسب الغرض المخصص له.[2]

ولا يجوز للشريك أن ينفرد باستعمال المال الشائع، إلا فيما لا يحول بين شركائه واستعمالهم حقوقهم على المال الشائع، وهو ما يتحقق في فروض نادرة، كسقي زراعة من بئر مملوكة على الشيوع، أو صرف مائه في مصرف خاص مملوك على الشيوع، أو مروره في ممر خاص مملوك على الشيوع. فكل من السقي والصرف والمرور على هذا النحو لا يمنع سائر الشركاء من استعمال حقوقهم على المال الشائع ولا يحد منها. [3]

2.1) د/ محمد حسن قاسم موجز الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية منشورات الحلبي الحقوقية ص118.117.

3) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 97.

فإذا قام أحد الشركاء باستعمال الشيء واستغلاله على نحو يتعارض مع حقوق الآخرين كان لهؤلاء أن يعترضوا على ذلك، ويعد هذا الاستعمال متعارضا مع حقوق الآخرين متى كان يخالف ماهية الشيء أو الغاية التي أعد لها أو يناقض مصلحة مجموعة الشركاء في الشيوع دون استعمالهم لحقوقهم.(1)

وفي هذا الصدد نصت المادة 714 من القانون المدني على أنه:" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما. وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..."

وهو المسلك الذي نهجته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في العديد من قراراتها. ومن أمثلتها القرار الصادر بتاريخ 1999/03/24 ملف رقم 186043 ، والذي جاء في إحدى حيثياته:" وحيث أنه تبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطاعنين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه وعليه قضوا –على حق– برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف وبهذا طبقوا أحكام المادة 714 من القانون المدني."(2)

المطلب الثاني

قسمـــــــــــة المهايـــــــــــأة

الأصل أن يتم الاتفاق بين الشركاء على تنظيم كيفية الانتفاع بالمال الشائع، ولاشك أن ذلك يعد الطريقة المثلى للتوفيق بين مصالح جميع الشركاء. غير أنه بالنظر إلى تعذر مثل هذا الاتفاق في حالات كثيرة فقد واجه المشرع هذا الفرض من خلال تقريره نظام قسمة المال الشائع قسمة مهايأة بهدف تنظيم الانتفاع بين الشركاء.(3)

وقسمة المهايأة هي قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية. ويقصد من ورائها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، ولهذا لا تنتهي بها حالة الشيوع. (4)

فبدلا من أن يتولى الشركاء مجتمعين أو بحسب الأغلبية إدارة المال الشائع، فإنهم قد يقتسمون منفعة المال الشائع بينهم، فتسمى هذه القسمة قسمة المهايأة فهي قسمة المنافع، أما قسمة المال الشائع ذاته فهي القسمة النهائية. وقسمة المهايأة جائزة في الشريعة الإسلامية في الأشياء القيمية، لا المثلية لأن المثليات قابلة للقسمة النهائية فلا حاجة فيها لقسمة المهايأة. (5)

ولقد نظم المشرع الجزائري قسمة المهايأة مع القسمة النهائية في المواد من 733 إلى 736 من القانون المدني. وقسمة المهايأة نوعان: مهايأة مكانية ومهايأة زمانية.

---

1) د/توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 192.

2) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ص193.192.

3) د/محمد حسن القاسم المرجع السابق ص 118.

4) د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 239.

5) د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص107.

فبخصوص المهايأة المكانية نصت المادة 1/733 من القانون المدني على أنه:" يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد..."

فالمهايأة المكانية هي التي فيها يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، نازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. إنما يجوز بعد انقضاء الخمس سنوات أن يتفق على مدة أخرى مماثلة. فإذا لم تشترط مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت المدة سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد. [1]

وقد يحدث أن تقوم قسمة المهايأة المكانية مدة طويلة، فتتجدد مدة تلو الأخرى فتدوم لمدة خمسة عشر سنة دون أن يظهر احد الشركاء رغبته في إنهائها لذلك افترض المشرع أنها خير قسمة للمال الشائع [2].فنص في المادة 2/733 على أنه:" وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك..."

وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990/05/09 ملف رقم 59514 الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن القسمة قد تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع منذ أكثر من 15 سـنة.

ومن ثم فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[3]

وتحول قسمة المهايأة في هذه الحالة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، ولهذا لا تعد القسمة في هذه الحالة قسمة اتفاقية، وإن كانت تقوم على اتفاق على قسمة مهايأة. ذلك أن القانون هو الذي يرتب هذا الأثر بجعل الاستمرار 15 سنة في قسمة المهايأة يحولها إلى قسمة نهائية، ويترتب على هذا أن الآثار التي تترتب والأحكام التي يقرها القانون بصدد القسمة الاتفاقية لا تسري في هذه الحالة. فلا يجوز نقض القسمة بسبب الغبن مثلا. [4]

1) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 93.

2) الأستاذ ملزي عبد الرحمان محاضرات في الحقوق العينية الأصلية ص70.

3) الأستاذ عمر بن السعيد المرجع السابق ص 474.

4) د/توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 240.

ويقع هذا التحول في اليوم التالي لانقضاء الخمسة عشر سنة، وإذا وردت هذه القسمة على العقار فإنه يجب شهرها حتى يعلم الغير بها فلا يضار عند الاحتجاج عليه بها. ويتم التسجيل بعد أن يقوم أحد الشركاء بتحرير ورقة يذكر فيها مضي الخمسة عشر سنة على قسمة المهايأة يوقع عليها سائر الشركاء وتقدم لمصلحة الشهر العقاري للتسجيل، فإذا رفض أحدهم التوقيع عليها استصدر حكما بتحويل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.[1]

وتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية لمجرد استمرارها خمس عشرة سنة حكم مخالف للشريعة الإسلامية، لأن استمرار هذه القسمة هذه المدة قد لا يكون لاطمئنان الشركاء إلى نتائجها ورضاهم بها، وإنما قد يكون لاستبداد بعضهم بحصته، وحرص الباقين على ما بأيديهم خشية أن تضيع حقوقهم كلها مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم. فتعين أن تتم القسمة النهائية رضاء أو قضاء.[2]

ولما كان تحول المهايأة المكانية إلى قسمة بقوة القانون. فإنها لا تعتبر قسمة اتفاقية، ومن ثم لا يجوز نقضها بسبب الغبن، أو لكون أحد الشركاء لم تتوفر فيه الأهلية المطلوبة في التصرفات القانونية ذلك أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية في المادة 3/733 مفادها أنه:" إذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة" وبذلك قلب عبء إثبات المهايأة وجعله على عاتق من يدعي أن حيازة الشريك لا تستند إلى مهايأة، ويترتب على هذه القرينة أن الشريك الذي يدعي أن هناك قسمة نهائية قد تمت بقوة القانون، يكفيه أن يثبت أنه حاز هذا الجزء المفرز من العقار الشائع خمسة عشر سنة، وعلى من يدعي عدم وجود قسمة مهايأة أن يقيم الدليل العكسي بإثبات أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة مهايأة، أو أن هناك اتفاقا بين الشركاء يقضي بعدم تحول المهايأة إلى قسمة نهائية.[3]

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 148362 الصادر بتاريخ 1997/05/28 والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه إذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

ولما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدعى عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة منذ 1973 إلى 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهايأة التي تتحول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع احتجاج من قبل الورثة الآخرين وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما."[4]

وبخصوص المهايأة الزمانية فقد نصت المادة 734 من القانون المدني على أنه:" يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته."

1 .2) د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 112.111.

3) الأستاذ ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 70.

4) الأستاذ حمدي باشا عمر القضاء العقاري دار هومة ص 81.

وعليه تكون قسمة المهايأة زمنية. بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. ولا يوجد تحديد للمدة التي يصح الاتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهايأة المكانية، ولذلك يجوز الاتفاق على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس سنوات، والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الانتفاع وبين حصة كل شريك.(1)

ويراعى أنه في خلال مدة انفراد كل شريك بالانتفاع بالشيء أو بالحق المشترك يكون له أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به خلال المدة المعينة للانتفاع، وله أن يتصرف بمقابل أو بدون مقابل. ولا يلزم في هذه الحالة تقديم حساب لشركائه عما استوفاه، وكل هذا بشرط ألا يأتي أمرا من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق الباقين عندما يأتي دورهم في الانتفاع. (2)

ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية. فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك. أما المهايأة الزمانية فتبقي المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهيئ للقسمة النهائية. ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها. (3)

رأينا أنه في المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، فهي منفعة في مقابل منفعة حيث ينتفع بجزء مفرز فيحصل على نصيبه ونصيب بقية شركائه في هذا الجزء متنازلا لهم عن نصيبه في منفعة الأجزاء الأخرى، وكذلك الحال في المهايأة الزمانية ولكن عن طريق الحصول على مدة زمنية من الانتفاع يعادل الحصة الشائعة وعلى ذلك يذهب الفقه السائد على أن المهايأة بنوعيها، هي مقايضة انتفاع بانتفاع وهذه المقايضة تكون إيجارا. (4)

ولذلك نصت المادة 735 من القانون المدني على أنه :" تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة." وذلك على اعتبار أن كل شريك مؤجر للشريك الآخر ومستأجر منه.

وبالتالي يلزم اتفاق جميع الشركاء على هذه القسمة، ولا يكفي اتفاق أغلبيتهم عليها، ويجب أن يكون كل شريك أهلا للتأجير وقت الاتفاق باعتبار أن قسمة المهايأة من أعمال الإدارة، فإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ناب عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه وأجرى القسمة في حدود ما تخوله أعمال الإدارة. (5)

2.1) د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 241.

3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 820.

4) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 522.

5) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 108.

ومن ثم لا يجوز للوصي أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة. وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات. [1]

وتنظم حقوق والتزامات كل شريك متقاسم على نحو حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر مع مراعاة طبيعة هذه القسمة، فيلتزم كل شريك بتسليم الحصص الأخرى لغيره من الشركاء ويضمن التعرض لها والعيوب الخفية فيها، ويلتزم باستعمال حصته فيما أعدت له، وصيانتها وردها عند انتهاء المهايأة، غير أن الشريك لا يدفع أجرة في قسمة المهايأة، ،وإنما يتولى في المهايأة المكانية إدارة الجزء الذي اختص به، وفي المهايأة الزمنية يتولى إدارة المال الشائع المدة التي اختصت بها، وفي هذه الإدارة يحصل على غلة ما اختص به دون أن يحاسبه أحد، وله تأجيره من الباطن.[2]

وتسري القواعد العامة في إثبات الإيجار والاحتجاج به على الغير على قسمة المهايأة، مع مراعاة طبيعتها، فتثبت بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز 100.000 دج، ويجب أن تكون ثابتة التاريخ قبل انعقاد التصرف الذي يكون الغير طرفا فيه للاحتجاج بها على هذا الغير.[3]

وقد تطول إجراءات القسمة النهائية وتحدث أثناءها منازعات حول الانتفاع بالمال الشائع، ولوضع حد لهذه المنازعات نصت المادة 736 من القانون المدني على أنه: " يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية، فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الاستعانة –بخبير–[4] إذا اقتضي الأمر ذلك" وهي صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة وتكون مهايأة مكانية في أغلب الأحيان.

ونرى من ذلك أن المهايأة التي تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة العادية في أمرين جوهريين:

1/ أن الأولي لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهي ليست حتما قسمة اتفاقية،بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقي، وعندئذ يتعين على القاضي إجراؤها.أما المهايأة العادية: فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية، لابد فيها من اتفاق جميع الشركاء.

2/ أنه ليس للمهيأة التي تسبق القسمة النهائية مدة معينة، فهي تدوم إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك قد تبقي خمس سنوات أو أقل أو أكثر، أما المهايأة العادية فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات قد تجدد، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذي سبق أن بيناه.[5]

---

1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 821 هامش 2.

3.2) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 109.

4) نعتقد أن كلمة –بخبير– قد سقطت سهوا وهي موجودة في التشريعات المقارنة

5) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري نفس المرجع ص823.

المبحث الثاني

إدارة المـــــــــــال الشائع

قرر المشرع بموجب نص المادة 715 من القانون المدني، مبدءا عاما في إدارة المال الشائع، مفاده: " أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك."، و لما كان تحقق مثل هذا الإجماع أمرا متعذرا في الكثير من الحالات، فقد وضع المشرع من القواعد ما يكفل إدارة المال الشائع عند تعذر هذا الإجماع، ويفرق في هذا الشأن بين أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة.

المطلب الأول

أعمـــــال الإدارة المــــعتادة

و يقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا تقتضي تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا في الغرض الذي أعد له، وذلك كزراعة الأرض واستئجار العمال والآلات اللازمة لزراعتها، وشراء ما يلزمها من بذور وسماد، وبيع محصولها بالسعر الجاري وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقتضيه هذه الإدارة، وإيجار المال الشائع نقدا أو مزارعة وقبض الأجرة.[1]

وقد جعل المشرع لأغلبية الشركاء الحق في القيام بمثل هذه الأعمال، فما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء يكون ملزما للجميع.[2] إذ نصت المادة 1/716 من القانون المدني على أنه: " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء...."، والمقصود بالأغلبية هنا هي الأغلبية المطلقة أو العادية، وهي التي تملك أكثر من نصف المال الشائع، سواء كانت شريكا واحدا أم أكثر من شريك، ورأي الأغلبية نافذ على باقي الشركاء مالم تتعسف في استعمال حقها في الإدارة.[3]

وإذا كان ما تستقر عليه الأغلبية، بالمعنى السابق، يلزم الأغلبية فليس لهذه الأغلبية حق التظلم أمام المحكمة من قرار الأغلبية مادام الأمر يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة، ما لم يعتبر قرار الأغلبية تعسفيا فتطبق قواعد التعسف في استعمال الحق.[4] وهنالك ملجأ تلوذ به الأقلية بل يلوذ به أي شريك، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع.[5]

3.1) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 101.99.

4.2) د/محمد حسن قاسم المرجع السابق ص122.121.

5) د/محمد عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 828.827.

ولهذه الأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو من غيرهم يتولي أعمال الإدارة المعتادة، حيث تكون أعماله نافذة في حق الجميع.

وقد تري الأغلبية أن تضع نظاما يكفل حسن الإدارة يلتزم به هذا المدير، وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على جميع الشركاء وعلى خلفائهم (خلافة عامة أو خاصة) وكما كان من حق الأغلبية وضع نظام الإدارة، فلهذه الأغلبية أيضا تعديل هذا النظام أو إلغاؤه أو وضع بديل عنه.[1] وهذا ما تؤكده المادة 3/716 من القانون المدني بقولها: " وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما، أو خاصا....".

فإذا لم تكن ثمة أغلبية، وشلت الإدارة بسب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال،[2] وهذا ما أكدته الفقرة 3 من المادة 716 من القانون المدني.

كما نصت المادة 4/716 من القانون المدني على أنه: " وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.".

فقد يحدث أن يتولى أحد الشركاء وحده إدارة المال الشائع وسكت بقية الشركاء فلا يعترضون، فعندئذ يعد هذا الشريك في قيامه بأعمال الإدارة أصيلا عن نفسه ووكيلا عن بقية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة. وعلى ذلك إذا اعترض البعض ولم يعترض البعض الأخر، فإن كانت حصص من لم يعترضوا بالإضافة إلى حصة الشريك المدير تمثل أغلبية الأنصبة، كان عمله نافذا في مواجهة الجميع باعتبار العمل صادرا من الأغلبية، أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف، فإنه لا يصبح عندئذ ممثلا للأغلبية وبالتالي لا يجوز له المضي في إدارته.[3]

وهذا ما أكدته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 2000/06/28 ملف رقم 196140 إذ جاء في إحدى حيثياته: " حيث انه ومن جهة أخري فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه أن المدعي عليه في الطعن مستأجر للقطعة الأرضية المتنازع عليها منذ سنة 1970 دون أن ينازع في ذلك المدعي في الطعن وفي هذه الحالة فإن الشريك الذي يدير المال الشائع دون اعتراض من الباقين يعد وكيلا عنهم طبقا للمادة 716 من القانون المدني".[4]

وبخصوص حفظ المال الشائع وصيانته فقد نصت المادة 718 من القانون المدني على أنه: "لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء.".

---

1) د/رمضان أبو السعود .المرجع السابق ص 526.

2) د/ توفيق حسين فرج. المرجع السابق ص 193، 194.

3) د /رمضان أبو السعود .المرجع السابق ص 525.

4) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ص 188

فحفظ المال الشائع من حق كل شريك، ومن هذا يكون لأي شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الآخرين. وأعمال الحفظ قد تكون أعمال مادية، كالقيام بالترميمات الضرورية وجني الثمار قبل تلفها. وقد تكون تصرفات أو إجراءات قانونية، كالوفاء بالضرائب المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها.[1]

فقد خرج المشرع بهذا النص عن قاعدة الإجماع أو الأغلبية لكون هذا العمل لا يضر بقية الشركاء، بل ينفعهم. لأنه من واجب كل شريك أن يقوم بكل ما من شأنه أن يحفظ الشيء من الإتلاف وصيانته.[2]

ويعتبر الشريك الذي يستقل بهذه الأعمال رغم معارضة الشركاء الآخرين نائبا عنهم نيابة قانونية، ويحق له الرجوع على كل واحد من الشركاء بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها في حفظ الشيء أو صيانته، وذلك على أساس الفضالة، لأن الشريك قد تولى شأنا لنفسه، وتولي في نفس الوقت شأنا لغيره من الشركاء نظرا لارتباط الشأنين، إذ لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر، وفقا لأحكام المادة 151 من القانون المدني، أما إذا أجاز بقية الشركاء هذا العمل، فإن الشريك الذي قام بالعمل يعتبر وكيلا عنهم، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما تقضي بذلك المادة 152 من القانون المدني.[3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم: 75576 المؤرخ في: 1992/01/21، والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يحق لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اشترطوا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع دعوي ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض."[4]

أما بخصوص نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر التكاليف فقد نصت المادة 719 من القانون المدني على أنه: "يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقة إدارة المال الشائع، وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فهذا النص محض تطبيق للقواعد العامة، فطالما كان كل الشركاء ملاكا للمال الشائع، فإنه من البديهي أن تنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر نصيبه في المال الشائع، وبالتالي تنقسم هذه التكاليف عليهم كل بقدر حصته، كل ذلك ما لم يتفق على غيره، أي يتفق على نسب أخرى تقل أو تزيد عن نسبة ما للشريك من حصة.[5]

والرجوع على الشركاء في الشيوع، كل بقدر حصته يكون بدعوي الوكالة، أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب. و يجوز لأي من الشركاء، التخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف، أن يتخلي عن

---

1) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 22.

3.2) الأستاذ ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص58.

4) الأستاذ حمدي باشا عمر المرجع السابق ص 77.

5) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 518.

حصته في المال الشائع، و هذه القاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية عين، و يترتب على تخلي الشريك عن حصته أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقي الشركاء، كل بقدر نصيبه في المال الشائع، وفي هذه الحالة يتحمل باقي الشركاء النفقات، كل بقدر حصته الجديدة أي بعد إضافة حصة الشريك المتخلي إلى حصصهم.[1]

المطلب الثاني

أعمال الإدارة غير المعتادة

يقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة، إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعد له المال لتحسين الانتفاع به، كتحويل الأرض الزراعية إلى أرض بناء أو إلى أرض تستغل استغلالا صناعيا، أو تحويلها من أراضي زراعية لزرع المحصولات العادية إلى أرض حدائق، ومثالها تحويل مطعم إلى مقهى أو العكس، أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال والاستثمار، أو تحويل منزل للسكنى إلى فندق أو شقق مفروشة، أو أن يقوم أحد الشركاء المشتاعين بإقامة منزل أو بناء معين على أرض فضاء شائعة وهكذا...[2]

وتقدير ما إذا كان العمل يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة أو ضمن أعمال الإدارة غير المعتادة، يترك لقاضي الموضوع.[3]

هذه الأعمال وأحكامها تخرج عن أن تكون أعمال إدارة معتادة وإنما هي أعمال غير عادية للإدارة، ولخطورة هذه الأعمال وتأثيرها على حقوق الشركاء لم يكتف المشرع في تقرير إجرائها بالأغلبية العادية، وإنما تطلب أغلبية خاصة من أغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع.[4]

إذ نصت المادة 717 من القانون المدني على أنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خلف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات".

ويأخذ من هذا النص أن أعمال الإدارة غير المعتادة نظرا لخطورتها، تتطلب موافقة أغلبية خاصة هي أغلبية من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، كما أن رأي هذه الأغلبية غير ملزم للأقلية ابتداء، إذ يكون على هذه الأغلبية أن تعلن قرارها للأقلية التي يكون لها أن تتظلم منه أمام المحكمة، ولم يحدد النص طريقة

---

1) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 809.808.

4.2) د/رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 527.

3) د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص99.

الإعلان فيجوز بكافة الطرق، إلا أنه يقع على هذه الأغلبية عبء إثبات قيامها به، أما تظلم أي شريك من الأقلية فيجب أن يتم خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه، ويقدم التظلم بعريضة إلى المحكمة المختصة، وعلى المحكمة أن توازن بين حجج الأغلبية وحجج الأقلية، ولها أن تقر الأغلبية على قرارها أو ترفضه، فإذا وافقت عليه فلا يعفي ذلك الأغلبية من مسؤوليتها عن تعويض من يضار من قرارها، ولهذا يكون للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسبا من التدابير للمحافظة على حقوق الأقلية أو تأمر هذه الأغلبية بإعطاء المتظلم كفالة شخصية أو عينية تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1988/03/23 تحت رقم: 44808 الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع.

ومن المقرر أيضا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارجي عن الإدارة المعتادة.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون".[2]

ولم يعرض القانون المدني بالنص لحالة ما إذا قام أحد الشركاء منفردا بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة، ولهذا تنطبق القواعد العامة في الشيوع، ومقتضي تلك القواعد أنه ليس للشريك أن يقوم منفردا بمثل هذا العمل، وإلا كان لهم الحق في طلب إزالة ما قام به من تعديلات جوهرية في الشيء، متى كانت تضر بحقوقهم.[3]

فقد يحدث أن يقوم أحد الشركاء بالبناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل القسمة، فهو يأتي بذلك عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة، وقد توافق الأغلبية على هذا العمل، صراحة قبل القيام به أو بإقراره بعد إتمامه، وقد لا توافق تلك الأغلبية على هذا العمل أولا تقره، عندئذ لا ينفذ هذا العمل أو لا توافقه، عندئذ لا ينفذ هذا العمل في مواجهة باقي الشركاء الذين يملكون الأغلبية المقررة في هذا الشأن ويجبر الشريك على إزالة البناء عند حصول هذا الاعتراض مع دفع تعويض لباقي الشركاء إن كان له محل، كل ذلك دون حاجة إلى أن يطلب باقي الشركاء القسمة ودون انتظار لنتائجه.[4]

ولكن إذا وافقت الأغلبية (المقررة قانونا) على البناء قبل إقامته أو أقرت عمل الشريك بعد البناء، تعين على باقي الشركاء المساهمة في نفقات الإنشاء كل بنسبة حصته في المال الشائع ويكون البناء ملكا شائعا بينهم كذلك.[5]

1) د/عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 103.102.

2) الأستاذ حمدي باشا عمر المرجع السابق ص76.

3) د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق ص 196.195.

5.4) د/رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 528.

الفصل الثاني

التصرف في المال الشائع

التصرف في الشيء إما أن يكون تصرفا ماديا أو قانونيا، والتصرف المادي يكون باستهلاك الشيء أو إهلاكه، ولا يثبت في الملكية الشائعة إلا للشركاء جميعا، فإذا انفرد به أحدهم كان متعديا على حقوق باقي الشركاء ويسأل في مواجهتهم، أما التصرف القانوني فيكون بنقل الحق أو بترتيب حق عيني عليه للغير والتصرف في المال الشائع قد يكون صادرا من الشركاء (جميعا أو غالبيتهم) -وهو ما نتناوله في المبحث الأول-، أو من أحد الشركاء منفردا -ونتناوله في المبحث الثاني- .

المبحث الأول

تصرف الشركاء في المال الشائع

تصرف الشركاء في المال الشائع قد يكون باتفاق جميعهم -وهو ما نعالجه في المطلب الأول- وقد يتم هذا التصرف من قبل أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع -وهو ما نتطرق إليه في المطلب الثاني-

المطلب الأول

التصرف الصادر من جميع الشركاء

للشركاء جميعا أن يتصرفوا في المال الشائع كله أو جزء منه مفرزا أو على الشيوع، فلهم أن يتفقوا على نقل ملكية المال الشائع بأكمله للغير، فتنتهي بذلك حالة الشيوع بينهم، و إذا ورد تصرفهم الناقل للملكية على جزء مفرز من هذا المال خرج الجزء الذي تم التصرف فيه من الشيوع، واقتصر الشيوع بينهم على الجزء الباقي، أما إذا ورد التصرف على حصة شائعة من المال الشائع فيترتب على ذلك زيادة عدد الملاك على الشيوع وتعديل حصص الشركاء.[1]

وقد يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء غير ناقل للملكية، بل يتمثل في ترتيب حق عيني أصلي على المال الشائع كترتيب حق انتفاع، أو حق ارتفاق لعقار مجاور، أو ترتيب حق عيني تبعي كالرهن.[2]

وإذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة في التصرف ليست محل جدل، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التي يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة، ولا جدال في أنه إذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشيء بتمامها فإن هذا الجزء يخرج من القسمة التي تجري بعد ذلك، ولكن إذا كان التصرف الذي أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية، كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على

2.1) د/محمد حسن قاسم المرجع السابق ص128.

الشيء أو حق عيني تبعي عليه، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاختص كل شريك بجزء من الشيء، فما مصير هذا الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة ؟[1]

لقد حسم المشرع حالة الرهن الرسمي بنص المادة 1/890 من القانون المدني إذ قضت بأنه: " يبقي نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته" أما بالنسبة لغير الرهن الرسمي فقد انقسم الفقه إلى رأيين:

فقد ذهب فريق من الشراح إلى أن هذا النص يتضمن حكما استثنائيا خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة، ذلك أنه رتب على القسمة أن وقع العقار المرهون في نصيب أحد الشركاء فإن مقتضي الأثر الرجعي للقسمة أن يعتبر الشركاء الآخرون راهنين لملك الغير فيما زاد على حصة هذا الشريك، ومن ثم فلا يتحمل العقار في يده إلا بقدر هذه الحصة، ومن هذا ينتهي هؤلاء الشراح إلى أنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة على غير الرهن الرسمي.[2]

غير أن فريقا آخر من الفقه يذهب إلى أن حكم المادة 1/890 من القانون المدني يعتبر تطبيقا لقاعدة عامة تقضي ببقاء تصرفات الشركاء مجتمعين نافذة في مواجهتهم جميعا مهما كانت نتيجة القسمة وعلى ذلك إذا تمت القسمة بعد التصرف الصادر من جميع الشركاء ثم وقع ما تم التصرف فيه في نصيب أحد الشركاء فلا يطبق الأثر الرجعي للقسمة لأن التصرف صدر من جميع الشركاء بما فيهم من آل إليه محل التصرف، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف الذي تم برضاء الشركاء جميعا تصرفا ناقلا للملكية أم تصرفا مرتبا لحق عيني.[3]

المطلب الثاني

التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

إذا كان الأصل هو أن التصرف في المال الشائع يكون من حق الشركاء جميعا، إلا أنه قد تدعو أسباب قوية تبرر قيام الأغلبية بالتصرف في المال الشائع، فقد يحدث أن يسوء استغلال هذا المال وهو باق على الشيوع وتكون القسمة –في ذات الوقت– ضارة بالشركاء، أو تحين فرصة رابحة للتصرف في المال الشائع يخشي ألا تتكرر، وقد يتعذر إدارة المال الشائع وتكون قسمته عينا ضارة بالشركاء وكان لا مناص من التصرف فيه إلى أجنبي وهكذا......[4]

وقد تصدى المشرع لمثل هذه الفروض في نص المادة 720 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى

1) د/ مصطفي محمد الجمال المرجع السابق ص128.

2) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص25.

3) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 130.129.

4) د/رمضان أبو السعود المرجع السابق ص531.

أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خلف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا".

هذا النص يوفق بين مصلحة الأغلبية ومصلحة الأقلية فيما يتعلق بالتصرف، فيجعل للأغلبية سلطة في تقرير التصرف ويجعل للأقلية سلطة الطعن في قرار الأغلبية.[1]

فبالعودة إلى نص المادة 720 من القانون المدني يتبين أن هذا النص يعطي لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع، وتحسب الأغلبية هناك، وكما بالنسبة لأعمال الإدارة غير المعتادة، على أساس قيمة الأنصباء (الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع)، والتصرفات التي يملكها أغلبية الشركاء هي التصرفات القانونية وليس سلطة التصرف المادي في الشيء بإعدامه مثلا. [2]

وإذا كان القانون قد منح سلطة التصرف في المال الشائع لأغلبية الشركاء بالتحديد السابق، فإنه قد اشترط لإنفاذ تصرف الأغلبية شرطين أولهما أن تستند هذه الأغلبية في قرارها بالتصرف في المال الشائع إلى أسباب قوية، من ذلك مثلا أن يكون المال الشائع في حاجة إلى ترميمات ضرورية كبيرة تقتضي الاقتراض مع رهنه ضمانا للقرض، أو أن يكون المال الشائع في حالته الراهنة متعذرا استغلاله فتقرر الأغلبية بيعه، أما الشرط الثاني لإنفاذ قرار الأغلبية فهو وجوب إعلان قرارها بشأن التصرف إلى باقي الشركاء، ولم يرد بنص القانون ما يوجب أن يتخذ هذا الإعلان شكلا خاصا، لذلك يمكن أن يتم على أي شكل كان، وتبقى مسألة إثبات هذا الإعلان خاضعة للقواعد العامة في الإثبات.[3]

ولم يترك المشرع الأقلية بدون حماية، فقد منحها حق التظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وتختلف سلطة المحكمة حينئذ بحسب ما تطلبه الأقلية.

فإذا طلبت الأقلية إلغاء قرار، ولم تطلب القسمة، انحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلى أسباب قوية تبرره فيكون للمحكمة تبعا للظروف أن تلغي قرار الأغلبية أو تقرها على رأيها.[4]

أما إذا طلبت الأقلية القسمة فإن المحكمة تنظر أولا فيما إذا كانت القسمة ضارة في هذا الوقت أو غير ضارة، فإذا قدرت أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة، ولو كان الشريك المتظلم الذي طلب القسمة ملزما بالبقاء في الشيوع بمقتضى اتفاق لم ينته أجله، وذلك لأن السلطة المخولة للأغلبية في التصرف سلطة استثنائية، فيجب أن يمكن الشريك المعارض في التصرف من الخروج من الشيوع ما دام أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء، وإذا تبينت المحكمة أن القسمة تضر بمصلحة الشركاء كان عليها أن تنظر فيما إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى التصرف، فإذا قدرت أن التصرف واجب وافقت على قرار الأغلبية، وإذا لم تجده كذلك أمرت بإلغاء القرار.[5]

1) د/ مصطفي محمد الجمال المرجع السابق ص 130.

3.2) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 130، 131.

4. 5) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 26، 27.

وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها، نورد منها القرار رقم: 92343 المؤرخ في: 1992/10/28 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية.

ولما ثبت –من مستندات القضية الحالية– أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع إلى المدعي عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد على صحة البيع قد خرق القانون". [1]

المبحث الثاني

تصرف الشريك في المال الشائع

تصرف الشريك منفرداً في المال الشائع قد يقع على حصته الشائعة–وهذا ما نتناوله في المطلب الأول–وقد ينصب على حصة مفرزة تعادل حصته في المال الشائع أو في كامل المال الشائع–وهو ما نتناوله في المطلب الثاني–.

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة . لذلك فله أن يتصرف فيها بكافة التصرفات القانونية ، شأنه في ذلك شأن أي مالك يتصرف فيما يملك ، وتصرفه على هذا النحو يكون صحيحاً ونافذاً قبل الشركاء جميعاً دون حاجة إلى موافقتهم أو إعلانهم.[2]

وقد نصت المادة 1/714 من القانون المدني في هذا الصدد على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها..."

ومن هذا يتضح أن تصرف الشريك في حصته شائعة يقع صحيحاً نافذاً في مواجهة شركائه . ولا يقتصر الأمر على تصرف معين ، فله أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات فيقرر حقوقاً عينية أصلية كانت أم تبعية، بعوض أو بدون عوض ، طالما كان تصرفه لا يمس بحقوق باقي الشركاء.

فللشريك حرية التصرف في حقه الشائع كله أو بعضه سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرعا وسواء أكان المتصرف إليه شريكاً آخر في المال أم شخصاً أجنبياً ، وللشريك تلك الحرية في التصرف حتى ولو كان قد سبق له الاتفاق مع باقي شركائه على البقاء في الشيوع مدة معينة لم تنقض بعد ، حيث يقتصر هذا الاتفاق

1) الأستاذ حمدي باشا عمر المرجع السابق ص 78.

2) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق . ص 132.

على منع طلب القسمة ولا يمتد إلى تقييد حرية الشريك في التصرف ، غاية الأمر أن المتصرف إليه يتقيد باتفاق سلفه باعتباره خلفاً له.[1]

فإذا تصرف الشريك على هذا النحو وقع تصرفه صحيحاً ونافذاً في حق الشركاء الآخرين ، لأنه لا ينطوي على مساس بحقوقهم . إلا أنه في حالة ما إذا كان التصرف بيعاً صدر لأجنبي فإن المشرع يخول هؤلاء الشركاء الحق في الحلول محل المشتري ، وذلك إما بطريق الشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار (المادة 795 من القانون المدني) . أو بطريق استرداد الحصة المبيعة إذا كانت هذه الحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال (المادة 721 من القانون المدني) . وقد راعى المشرع في تخويله الشركاء هذا الحق أنهم قد يتضررون من دخول الأجنبي بينهم . فأتاح لهم أن يمنعوا دخوله شريكاً بينهم بهذه الوسيلة أو تلك تبعاً لطبيعة المال الشائع.[2]

ويترتب على التصرف في الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له محل –المشتري أو الموهوب له مثلاً– محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة . ويصبح هو الشريك في المال الشائع بدلاً من الشريك المتصرف . ويلاحظ أنه يجب تسجيل (شهر) التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقاراً حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه.[3]

وقد سارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه في العديد من قراراتها ، ومن بينها القرار المؤرخ في 1990/10/29 ملف رقم 63765 الذي جاء فيه أنه :" من المقرر قانوناً أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطأوا في تطبيق القانون ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[4]

وفيما يخص ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة فإن أهم الحقوق العينية الأصلية–عدا حق الملكية–هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر . أما الحكر فتستعصي طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف.[5]

1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 534

2) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 38.37

5.3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 845.844.843

4) الأستاذ عمر بن سعيد المرجع السابق ص 450

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة .فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالاً لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز .[1]

أما حق الانتفاع فيمكن لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع ، وتسري أحكام الإدارة المعتادة في المال الشائع هنا . وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الانتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك في أعمال التصرف وفي طلب القسمة، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن في ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوع، آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما إذا بقي حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوع .بأن قسمت العين الشائعة مثلاً ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك صاحب الرقبة، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العيني.[2]

كما يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب حقاً عينياً تبعياً على حصته الشائعة ، والحقوق العينية هي حق الرهن الرسمي ، حق الرهن الحيازي ، حق الاختصاص ،وحق الامتياز ويجوز أن تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .[3]

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقاراً أو منقولا ، بما تبقى له من الثمن .[4]

ويجوز أن يرتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة ، إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانوناً.[5]

كما أن بإمكان الشريك أن يرهن حصته الشائعة كلها أو بعضها رهنا رسمياً ، أو رهناً حيازياً . ولا يحول دون الرهن الحيازي أن هذا الأخير يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فالحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة ، كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يعهد بالمال الشائع إلى أحد الشركاء فيحوزه بالنسبة لحصة الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن ، وأن يوضع المال الشائع كله في حيازة الدائن المرتهن ، فيحوزه بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص . وقد يكون المال الشائع مقسوماً قسمة مهيأة بين الشركاء ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة .[6]

5.4.3.2.1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 847.846.845

6) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 534

يعــد رهن الشريك لحصته الشائعة (رهناً رسمياً أو حيازياً) صحيحاً ونافذاً في مواجهة باقي الــشركاء دون انتظار للقسمة ، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحــصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً على الشيوع .[1]

وإذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، وكان الرهن وارداً على حصة شائعة في عين معينة ، فــإن الرهن ينحصر في الجزء المفرز الذي يختص به الشريك الراهن من هذه العين بطريق القسمة ، وانحــصار الرهن في الجزء المفرز في هذه الحالة لا يكون على أساس الحلول العيني ، وإنما هو الأثر الطبيعي للقسمة. أما إذا كان المال الشائع مجموعة من الأعيان، فرهن الشريك حصته الشائعة في واحدة منها ثم وقعت فــي نصيبه عند القسمة عين أخرى، فإن الرهن ينتقل إلى قدر من هذه العين الأخرى يعادل قيمة الحصة الشائعة التي كانت مرهونة في الأصل، وذلك على أساس الحلول العيني. وقد نصت على هذا الحكم بالنــسبة إلــى الرهن الرسمي المادة 2/890 من القانون المدني بقولها:"وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الــرهن بمرتبتــه إلــى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القــدر بــأمر علــى عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين ". ويصح بطريق القياس أن ينطبق حكمها أيضاً على الرهن الحيازي. إنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون العين الأخرى التي وقعت في نصيب الشريك الراهن قابلة لأن يرد عليها الرهن الذي سبق تقريره، فإذا كان الرهن رسمياً ثم وقعت منقولات في نصيب الراهن عند القسمة، فلا ينتقل إليها الرهن لأنه لا يرد إلا على العقارات.[2]

وإذا لم يقع في نصيب الراهن شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وإنما اختص بمبلغ مــن النقود، فإنه إذا كان دين الدائن مستحق الأداء أمكنة استيفاء حقه بالتقدم من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاتــه، أما إذا لم يكن مستحق الأداء فينتقل الرهن إلى المبلغ الذي يستحقه الراهن بمعنى أن يخصص هــذا المبلــغ لضمان دين هذا الدائن.[3]

مسألــة استرداد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي

رأينـــا فيمـــا تقــدم أن للشريــك في المال الشائع سلطة التصرف في حصته الشائعة بنقل ملكيتهــا للغير، بما يترتب على ذلك من إدخال شريك أجنبي بين الشركاء، ونظراً لما قد يحدثه ذلك من ضرر بالنسبة للشــركاء الآخرين فقد أوجد القانون لهؤلاء الوسيلة التي تمكنهم من الحيلولة دون انضمام شريــك جديــد إليهم، فإذا كان الشــيء الشائع عقارً معيناً فقد أجــاز لهم أخذ الحصة المبيعة من هذا العقار بالــــشفعة.

3.1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 536.535.534

2) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 40

أما إذا كان الشيء منقولاً، أو إذا كان الشيوع في مجموع من الأموال ، فقد أجاز القانون للشركاء استرداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحدهم لأجنبي.[1]

وفي هذا الإطار نصت المادة 721 من القانون المدني على أنه:-"للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه .

ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. "والاسترداد Retrait هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي . وهو كما قلنا أحد طريقين أراد بهما المشرع أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع . والطريق الثاني هو الشفعة. ولكل من الحقين نطاقه الذي يباشر فيه . فحق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول معين أو في مجموع من المال ، وحق الشفعة لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين. وبذلك لا يكون أمام الشريك في بيع معين إلا طريق واحد يتحدد بحسب المال الذي تخرج منه الحصة المبيعة .[2]

ولئن كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في المبررات التي تنهض بهما في الشيوع ، إلا أن للشفعة نطاقاً يجاوز حالة الشيوع ، فلها أسباب عديدة يعتبر الشيوع واحداً منها ، ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد ، والمصدر التاريخي لحق الإسترداد هو القانون الفرنسي ، أما المصدر التاريخي لحق الشفعة فهو الشريعة الإسلامية.[3]

يتضح من النص السابق أنه لكي يكون للشريك الحق في استرداد الحصة التي باعها شريك آخر يجب توافر شروط معينة:-

1- يجب أن يكون المال الشائع منقولاً أو مجموعاً من المال .[4]

2- يجب أن يكون تصرف أحد الشركاء بيعاً، فلا يثبت الاسترداد إذا كان التصرف بغير البيع ، كالمقايضة أو الهبة أو الوصية .[5]

3- يجب أن يكون البيع وارداً على حصة شائعة. فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع وارداً على جزء مفرز من المال الشائع ، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ، فلا يكون من شأنه أن يجعل المشتري شريكاً وبذلك تنتفي الحكمة من إباحة الاسترداد .[6]

4- يجب أن يكون البيع صادراً لأجنبي، فإذا كان المشتري هو أحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد ، لأن البيع حينئذ لن تؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء، وبذلك تنتفي الحكمة من الاسترداد.[7]

---

1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 135.134

7.6.3.2) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 43.42.41

5.4) د/ محمد حسين قاسم . المرجع السابق ص 136.135

5- يجب أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة (التراضي). فلا استرداد إذا تم البيع بالمزاد ورسا المزاد على أجنبي، فلقد كان في وسع الشركاء دخول المزاد، ويجب في المزاد المانع من الاسترداد أن يكون قد تم علناً وطبقاً للإجراءات التي رسمها القانون ويستوي بعد ذلك أن يكون مزاداً جبرياً أو اختياريا .[1]

إذا توافرت الشروط السابقة كان لكل شريك أن يطلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي. وإذا تعدد الشركاء الذين يطلبون الاسترداد كان لكل منهم أن يسترد من الحصة المبيعة بنسبة حصته، ويجب أن يشمل الاسترداد كل الحصة المبيعة، فإذا كان المبيع منقولاً مملوكاً على الشيوع لشخصين بنسبة النصف وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي فلا يجوز للشريك الآخر أن يطلب استرداد الربع مثلاً.[2]

وليست هناك تفرقة في هذا الشأن فيما يتعلق بسبب الشيوع ، ولا بين شريك وآخر ، فحق الاسترداد يثبت أيا كان سبب الشيوع . وهو يثبت لكل شريك في الشيوع وقت البيع .وذلك دون تفرقة بين شريك أصلي وهو الذي كان موجوداً منذ بدء الشيوع ، وشريك عارض والذي لم يدخل في الشيوع إلا في تاريخ لاحق.[3]

والشريك وحده هو الذي يسترد ، فهذه رخصة له أو هي حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه.[4]

وعن إجراءات الاسترداد ، فيجب أن يتم طلبه قبل القسمة ، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، فلقد قيد المشرع حق الاسترداد بمدة قصيرة حتى لا يظل مصير البيع معلقاً مدة طويلة ، فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوماً محسوباً من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد ، فقد سقط الحق فيه وأصبح لأجنبي باتاً.[5]

هذا ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لإعلان الشريك رغبته في طلب الاسترداد لذلك يمكن أن يتم هذا الإعلان بأي طريقة من الطرق ولو مشافهة.[6] على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويلاحظ أن إعلان الرغبة في الاسترداد يجب أن يوجه في الميعاد المحدد إلى كل من البائع والمشتري، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ، ولم يعلن الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الاسترداد .[7]

ويجب على الشريك، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة، أن يعرض استعداده في الإعلان الذي يطلب فيه الاسترداد، لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضاً حقيقياً، بل ولا أن يودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق كما يجب الإيداع في الشفعة(المادة 2/801 من قانون المدني

5.1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 538.537

6.2) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 136 . 138

7.3) د/عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص .45.43.42

4) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 858

الجزائري، بل يكفي أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشتري إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع.(1)

ومتى أعلن المسترد رغبته في الاسترداد فقد يسلم له المشتري بحقه في ذلك، فيتم الاسترداد بالتراضي، أما إذا رفض المشتري التسليم للشريك بحقه في الاسترداد وجب رفع الأمر إلى القضاء للحكم بثبوت هذا الحق وترفع الدعوى على كل من البائع والمشتري حيث يجب اختصاصهما معاً في جميع مراحل الدعوى.(2)

إذا تم الاسترداد سواء كان ذلك بالاتفاق أو بحكم المحكمة "حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه ".(3)

ولا يعد الاسترداد بيعاً جديداً من المشتري إلى المسترد ، وإنما يبقى العقد الأصلي ، ويحل المسترد في هذا العقد فهو حلول شخصي بمقتضاه يأخذ المسترد مكان المشتري فيصبح هو المشتري مباشرة من البائع وتصبح له حقوق المشتري وعليه التزاماته وذلك من وقت البيع ، فلا يكون المسترد خلفاً للمشتري ، بل هو خلف للبائع يتلقى منه الحصة المبيعة مباشرة ، فللاسترداد إذن أثر رجعي.(4)

ففي علاقة المسترد بالمشتري، يحل المسترد محله من وقت البيع وعلى ذلك تسقط كل الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع ، حيث تخلص للمسترد الحصة المبيعة خالية من أي حق عيني أصلي أو تبعي قرره المشتري ، وطالما أن المسترد يعد وكأنه اشترى من البائع ، التزم الأخير قبله بضمان الاستحقاق وليس المشتري ، كما أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، وإذا كان الحق مؤجلاً أو مقسطاً استفاد المسترد من ذلك ، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، قام المسترد برده إلى المشتري مع فوائده من يوم الدفع كما يلتزم بأن يدفع إلى المشتري ما تحمله من نفقات ، ويلتزم الأخير برد الثمار التي حصل عليها من وقت البيع إلى المسترد.(5)

وفي علاقة المسترد بالبائع ، يحل المسترد محل المشتري في البيع ، وعلى ذلك إذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع ، التزم المسترد به في مواجهة البائع وهو يلتزم بدفع الثمن الحقيقي وله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنتقل إليه مباشرة من وقت البيع لا من وقت الاسترداد إذا كان المبيع منقولاً ، أما في الحصة الشائعة من مجموع مال يشتمل على عقار ومنقول فإنه إذا لم يكن قد سبق له التسجيل ، فعلى المسترد إجرائه حتى تنتقل إليه الملكية ، أما إذا كان قد سجل فعلى المسترد أن يؤشر على هامش التسجيل بهذا الاسترداد .(6)

وفي علاقة البائع بالمشتري ، يعد البيع وكأنه حصل مباشرة للمسترد فتزول العلاقة بين البائع والمشتري زوالاً رجعياً ، وعلى ذلك تزول كافة الحقوق التي كانت للمشتري قبل البائع حيث تصبح للمسترد ، كما تزول الالتزامات التي كانت تشغل ذمة المشتري لمصلحة البائع ، حيث تصبح تلك الالتزامات شاغلة لذمة المسترد

1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 860

2) د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ص 137

6.5.4.3) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 540.539.538

من وقت البيع ، وعلى ذلك لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن وإنما يطالب المسترد به ، وعلى أي حال ترجع علاقة المشتري بالبائع إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فإذا كان قد حدثت مقاصة بين البائع والمشتري بشأن الثمن ، أو حدث إتحاد ذمة بين البائع والمشتري زال كل ذلك بالاسترداد.[1]

المطلب الثاني

تصرف الشريك في حصة مفرزة أو في كل المال الشائع

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال المملوك على الشيوع يثير كثيراً من الصعوبات، فقد يعتقد المتصرف إليه أن المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مفرزة ثم يتبين له بعد ذلك أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة في مال مملوك على الشيوع ، وقد يعتقد المتصرف أو المتصرف إليه أن الحصة التي تم التصرف فيها قد تقع في نصيب المتصرف بمقتضى القسمة، ولكنه قد يقع في نصيبه نتيجة القسمة حصة أخرى، مما يعني عدم الاستقرار في التعامل بما يستتبعه من إثارة كثير من الإشكالات، وبالإضافة إلى ذلك فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يتضمن مساساً بحقوق الشركاء الآخرين، فهؤلاء أيضاً يملكون فيما تصرف فيه شريكهم، فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا في الواقع ما أثار الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة .[2]

ويتمثل الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة في اتجاهين أساسيين:-

فقد قيل أولاً أن تصرف الشريك في حصته مفرزة دون موافقة باقي شركائه، يعد تصرفاً في ملك الغير، ذلك أن المتصرف لا يملك في الجزء الذي تصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع، أي النصف أو الثلث أوالربع مثلاً، باعتباره يملك نسبة معينة في كل ذرة من ذرات المال، فإذا تصرف في قدر معين، فإن تصرفه يكون من مالك في النسبة التي يملكها، وما زاد على هذه النسبة يعد تصرفاً في ملك الغير، لأنه يعتبر من حق الشركاء الآخرين، وتفريعاً على هذا فإنه يكون للمتصرف إليه حق إبطال التصرف على أساس أنه اشترى من غير مالك، كما أن للشركاء الباقين أن يطالبوا بحقهم في الجزء الذي تم فيه التصرف مفرزاً . ويكون لهم ذلك دون انتظار لما تسفر عنه نتيجة القسمة.[3]

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال يكون موقوفاً على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء الذي تم التصرف فيه في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائياً وانتهى الأمر، أما إذا وقع هذا الجزء في نصيب شريك آخر فإنه بذلك يتأكد صدور التصرف من غير مالك، ويكون للمتصرف إليه طلب إبطاله، أما قبل القسمة، وحيث لم يتضح بعد مصير التصرف، فلا يكون

1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 540
2) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 138
3) د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق . ص 210

للمتصرف إليه طلب إبطاله، كما لا يكون لباقي الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم في الجزء الذي تم التصرف فيه.(1)

وقد حاول المشرع الجزائري حسم الخلاف حول حكم تصرف الشريك على الشيوع في حصة مفرزة فنص في المادة 2/714 من القانون المدني على أنه :" وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

يتضح من هذا النص أن المشرع قد عني فيه ببيان مصير التصرف في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، أما عن حكم هذا التصرف قبل القسمة فهذا ما لم يبينه المشرع، وذلك ظل الفقه المصري منقسماً بشأن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، على أنه **بالرغم من ذلك يمكن القول بأن الراجح في الفقه والقضاء هو ذلك الذي يرى في هذا التصرف تصرفاً صحيحاً فيما بين أطرافه ، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، وبيان ذلك يقتضي في الواقع، وعلى ضوء ما ورد بنص المادة 2/714 من القانون المدني التفرقة بشأن حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بين مرحلة ما قبل القسمة، ومرحلة ما بعد القسمة.**(2)

أولاً: حكم التصرف في حصة مفرزة قبل القسمة

وتجب التفرقة في هذا الصدد بين حكم التصرف فيما بين أطرافه وحكمه بالنسبة لباقي الشركاء.

فبالنسبة إلى حكم التصرف فيما بين أطرافه ، فإنه يعتبر صحيحاً وذلك بالنظر إلى طبيعة حق الشريك في الشيوع واعتباره حق ملكية يرد طوال الشيوع على الشيء الشائع جميعه ، وبالتالي فلا يعتبر هذا التصرف تصرفاً في ملك الغير. فتصرف الشريك في حصته يعتبر تصرفاً صادراً من مالك ، لهذا فإنه يقع صحيحاً في العلاقة بين طرفيه.(3)

ويترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلاً للإبطال لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع وأن محل التصرف جزء مفرز ، فليس للمتصرف إليه أن يستند إلى ذلك فيطلب الإبطال على أساس بيع ملك الغير ، لا قبل القسمة ولا بعدها ، وأيا كانت نتيجة القسمة عند حصولها.(4)

فهذا فضلاً على أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها بصرف النظر عما إذا كان نص المادة 417 يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضاً الفترة السابقة عليها – إذا أن في ذلك تعليقاً لصحة التصرف أو بطلانه على نتيجة القسمة وهي أمر لاحق لانعقاده، مع أن بطلان التصرف يجب أن يرجع إلى عيب يلحق به وقت انعقاده.(5)

4.3.2.1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 141.140.139

5) د/ مصطفى محمد الجمال المرجع السابق ص 137

وإذا كان ممتنعاً على المتصرف إليه طلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير، فيبقى أن له وفقاً للقواعد العامة، طلب إبطال التصرف على أساس ما يكون قد وقع فيه من غلط جوهري في حقيقة ملكية المتصرف، إذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وله طلب الإبطال استنادا إلى ذلك سواء قبل القسمة أو بعدها، أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف لا يملك إلا حصة شائعة فلا يمكنه طلب الإبطال على أساس الغلط، وذلك على عكس الحال في بيع ملك الغير حيث لا أثر فيه لعلم المشتري على حقه في طلب الإبطال.[1]

أما بالنسبة إلى حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء ، فالأصل أنه ليس للشريك أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان هذا الجزء يعادل أو يقل عن حصته في الشيوع ، فالشريك وإن كان مالكاً إلا أن ملكيته قبل القسمة ، لا تتحدد بجزء معين من المال الشائع ، وإنما هي ملكية في كل جزئيات هذا المال ويشاركه فيها باقي الشركاء.[2]

وإذا كان – كما رأينا فيما تقدم –تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفاً صحيحاً فيما بين طرفيه ، إلا أن حماية حقوق باقي الشركاء تقتضي القول بأنه رغم صحة التصرف في العلاقة بين طرفيه إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء ، ويترتب على عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء النتائج التالية [3] :

– يجوز لباقي الشركاء أن يرفعوا دعوى الاستحقاق على كل من المتصرف والمتصرف إليه لتثبيت ما يملكونه من حصص شائعة في الجزء المتصرف فيه، ذلك دون انتظار للقسمة.[4]

ولا يعتبر المتصرف إليه شريكاً يحل محل المتصرف في الشيوع، وبالتالي لا يشارك الشركاء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه أو طلب قسمته أو طلب استرداد حصة معينة فيه أو الشفعة فيها ، ويظل ذلك كله من حق المتصرف باعتباره شريكاً. [5]

كما لا يجوز للمشتري لقدر مفرز في العقار الشائع أن يطالب بتسليم هذا القدر مفرزاً لأن البائع قبل القسمة إلا برضا باقي الشركاء، ولا يكون للمشتري منه حقوق أكثر مما كان لملفه، فضلاً عن أن القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب عليه إفراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون. ولا يجوز كذلك لهذا المشتري–قبل القسمة–أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة للجزء المفرز، لأن القسمة تعتبر بعد ذلك حجة عليه ولو لم تسجل (تشهر)، كما لا يجوز له أن يطلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجراء القسمة ولو كان عقده شهراً، لأن ملكيته لا تستقر إلا بعد القسمة ووقوع الجزء المفرز في نصيب البائع . [6]

لكن إذا كان المتصرف إليه حسن النية يظن وقت التصرف أن الجزء المفرز مملوك للمتصرف وحده، ثم حاز هذا الجزء فله قانوناً أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبالتقادم

3.2.1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 142.141

6.5.4) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 125.124

القصير المــدة (10 سنوات حسب المادة 828من القانون المدني) إذا كان الجزء المفرز عقــاراً و أشـــهر المتصرف إليه سند التصرف.[1]

ولباقي الشركاء أن يقروا تصرف شريكهم في الجزء المفرز وعندئذ ينفذ هذا التصرف في حقه، كما أن للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع أن تقر هذا التصرف فينفذ في حق الباقين إذا وعيــت الأحكــام الخاصة بتصرف الأغلبية الخاصة في المال الشائع .[2]

وإذا حصل أن خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب، كالبيع أو الهبة أوالميراث، استقر الأمر لمن صدر له التصرف وأمن التعرض من جانب الغير.[3]

ثانياً: حكم التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة

إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف انتهى الأمر وأصبح التصرف نافــذاً. ويعتبر المتصرف إليه مالكاً منذ التصرف إعمالاً للأثر الكاشف للقسمة. وإذا كان المتصرف إليه يجهــل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، فإن حقه في طلب الإبطال يسقط في هــذه الحالــة لتعارض التمسك به مع مقتضيات حسن النية[4]. إذ تنص المادة 1/85 من القانون المدني على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية."

أما إذا أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير المتصرف فقد نصت المادة 2/714 من القانون المدني بأنه في هذه الحالة ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، فيحل هذا الجزء الأخير حلولاً عينياً محل الجزء المتصرف فيه ويعتبــر كــأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه ويخلص الجزء المفرز السابق التصرف فيه لمن اختص به بالقسمة مطهراً من هذا التصرف ، وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكــون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري.[5]

وهذا ويلاحظ أن الحكم الذي أورده المشرع بالمادة 2/714 ينصرف بلا شك إلى الحالة التي يكون قد آل فيها إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع، غير أن هناك فرض آخر لم يتناوله ما ورد فــي هــذا النص، ويتعلق هذا الفرض بالحالة التي لم يقع فيها في نصيب المتصرف أي جزء من هذا المال وإنما وقــع في نصيبه شيء من مال آخر، فهنا في الواقع يثور التساؤل عن الحكم في هذه الحالة. فهل يطبــق الحكــم الوارد بنص المادة 2/714 فينتقل حق المتصرف إليه إلى ما وقع في نصيب المتصرف من الشيء الآخر ؟ فمثلاً لو تصرف الشريك في جزء مفرز من قطعة أرض مملوكة على الشيوع، وكــان نتيجــة القــسمة أن اختص هذا الشريك بمنزل أو جزء منه ، فهل ينتقل حق المشتري إلى هذا الجزء ؟ [6]

الواقع أنه بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر المتصرف كأنه لم يملك إلا في قطعة الأرض، وإنه كان يملك منذ بدء الشيوع في المنزل، ولذلك تعتبر التصرفات التي صدرت منه بالنسبة للأرض في حكم الصادرة

2.1) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 125.124

3) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 37

6.5.4) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 145.144

من غير مالك، ولا ينطبق هنا حكم المادة 2/714 لأن هذا الحكم خاص بالحالة التي يؤول فيها إلى المتصرف جزء آخر من ذات الشيء (أي الأرض) في المثال السابق، فإذا آل إليه نتيجة القسمة، جزء من شيء آخر (المنزل) كان للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف لصدور من غير مالك .[1]

ويستثنى مما تقدم حالة الرهن الرسمي ، فقد وضع المشرع بشأنه حكماً خاصاً في المادة 2/890 من القانون المدني، التي تقضي بأن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى العين التي آلت إلى الراهن بطريق القسمة، فوقوع أعيان أخرى في نصيب الراهن غير تلك التي رهنها، ووفقاً للنص المشار إليه، يؤدي إلى انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل.[2]

وقد رأى البعض أن المادة 2/890 من القانون المدني الواردة بشأن الرهن تعتبر تطبيقاً للمادة 2/714 من نفس القانون الواردة في أحكام الشيوع ومكلمة لها، وينصرف حكمها إلى جميع التصرفات، وبالتالي ينتقل عندهم حق المتصرف إليه إلى ما آل إلى المتصرف بطريق القسمة و لو كان في غير المال الشائع الذي تم التصرف في جزء منه. وهذا الرأي محل نظر لأن المادة 2/890 صريحة في أن ما آل إلى الراهن بالقسمة أعيان غير التي رهنها، بينما المادة 2/714 تحكم حالة ما إذا آل إلى المتصرف جزء آخر من ذات المال الشائع غير ما تصرف فيه، بما يعني اختلاف نطاق كل من المادتين ، فإذا كانت المادة 2/714 استثناء من القواعد العامة ورد ضمن أحكام الشيوع، فإذا المادة 2/890 استثناء كذلك في مجال الرهن الرسمي، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه.[3]

وعدم انطباق الحكم الوارد بخوص الرهن (المادة 2/890)، بشأن غيره من التصرفات يدعمه في الواقع اختلاف الوضع في الحالتين ذلك أن ما يهم الدائن المرتهن هو القيمة النقدية التي يعطيها الشيء باعتبار أن هذا هو ما يحقق الضمان الذي يتحقق أيا كان الشيء وفي أي موضع. أما بالنسبة للحقوق الأخرى غير الرهن، كما إذا كان تصرف الشريك بالبيع مثلاً، فإن ذاتية الشيء تكون محل اعتبار لدى المتصرف إليه، خلافاً للرهن، فما يهم الدائن المرتهن هو استيفاء حقه من عين أو أخرى ، ولهذا يفضل بقاء حكم المادة 2/890 مقصوراً على ما وردت بشأنه دون مدة إلى غير ذلك من التصرفات.[4]

تصرف الشريك في المال الشائع كله

الملاحظ أن المادة 714 من القانون المدني لم تتعرض إلا لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، ولم تتعرض لحكم تصرفه في كل المال الشائع ، ولكن مثل هذا التصرف الأخير – كالتصرف في حصة مفرزة– لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال ، ولكن ينفذ التصرف في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع وعلى ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء.[5]

4.2.1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 148.146.145

3) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 130

5) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 543

أما عن حكم هذا التصرف في العلاقة بين طرفيه، فإذا كان المتصرف إليه يعتقد أن البائع يملك كل المال المتصرف فيه دون شريك آخر، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع. وعلى ذلك يجوز له إبطال البيع للغلط، وله أيضاً أن يطلب إبطال البيع في الحصص الشائعة التي للشركاء الآخرين، لأن الشريك قد باعها وهو ليس مالكاً لها فتكون عندئذ -بالنسبة لهذه الحصص- بمثابة بيع لملك الغير، ويجوز للمشتري إجازة البيع فيسقط حقه في الإبطال ولا يكون له إلا أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق لأن الشركاء الآخرين يستحقون جزءاً من المال الشائع، فأيا كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع.[1]

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت الشراء بوجود شركاء آخرين للبائع في المال الشائع فإنه يمتنع على المشتري طلب الإبطال بسبب الغلط، فإذا لم يتمكن البائع من أن يستخلص المال الشائع كله لنفسه فيمكن للمشتري طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض لعدم تنفيذ البائع ما التزم به.[2]

1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 544

2) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 148

الفصل الثالث

قســـــمة المـــــال الشـــــائع

تتعدد الأسباب التي ينقضي بها الشيوع و بصفة عامة يمكن القول، كما بينا من قبل أن الشيوع ينقضي متى توافر سبب من أسباب ملكية المال الشائع بصورة مفرزة، سواء كان ذلك بناء على واقعة مادية أم كان بناء على تصرف قانوني، فقد يكتسب شخص واحد ملكية المال الشائع بالتقادم، وقد تئول إليه ملكية هذا المال على أساس الميراث ... و قد ينقضي الشيوع بناء على تصرف قانوني كأن يشتري شخص واحد كل المال الشائع، أو يشتري أحد الشركاء أنصبة الباقين.[1]

ولعل أهم أسباب انقضاء الشيوع هو القسمة، و القسمة المقصودة هنا التي يترتب عليها إعطاء كل شريك في الشيوع جزءا من المال الشائع يعادل نصيبه منه، و هذه هي القسمة النهائية أي التي ترد على الملكية وتنهي حالة الشيوع، و هي بذلك يختلف عن قسمة المهايأة و التي سبق دراستها.[2]

لاشك أن البقاء في الشيوع هو أمر غير مرغوب فيه لكثرة ما ينشأ عنه من خلافات بين الشركاء أو المشتاعين، لذلك كان الأصل هو عدم إجبار الشريك على البقاء في الشيوع إلا بمقتضى نص قانوني أو اتفاق بين الشركاء.[3]

لذلك فقد نصت المادة 722 على أن :" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق .

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك و في حق من يخلفه".

ويتبين من النص السابق أن الأصل أن يكون لكل شريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من حالة الشيوع،وهذا الحق لا يسقط بالتقادم، فيستطيع الشريك طلب القسمة في أي وقت أثناء قيام حالة الشيوع.[4]

ولا يجوز للشريك أن يتعسف في استعمال حقه في طلب القسمة، كأن يطلبها إضرارا بشركائه،أو لتحقيق مصلحة له لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب شركائه، كما لو كانت القسمة لا تتم إلا ببيع المـــال الـــشائع وكانت الأسعار السائدة في هبوط كبير و من شأن القسمة أن تحمل الشركاء على بيع حصصهم لهذا الشريك في طلب القسمة، كان لباقي الشركاء أن يرفضوا طلبه و للقاضي كذلك رفض هذا الطلب.[5]

ومع ذلك فإن حتـــــى الشريك في طلــــب القسمة قـــد يقيـــده نـــص فـــي القـــانون أو اتفـــاق بـــين الشـــــــركاء.

---

1) د/توفيق حسين فرج المرجع السابق ص 220

4.3.2) د/محمد حسن قاسم المرجع السابق ص .151.150.149

5) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص133

فقد يجبر الشريك على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 737 من القانون المدني بقولها " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع ". كما نص القانون كذلك على امتناع القسمة في الأجزاء المشتركة في البناء المملوك طبقات. فهذه الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة.[1]

وقد يقيد حتى الشريك في طلب القسمة بمقتضى اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة معينة. وفي هذه الحالة يمتنع على الشريك طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها ويكون هذا الاتفاق نافذا في حق من يخلف الشريك خلافة عامة أو خاصة. ولكن لا يجوز أن تزيد المدة التي حددها هذا الاتفاق عن خمس سنوات، فإذا زادت عن هذا الحد يبطل الاتفاق فيما يجاوز الخمس سنوات، وذلك ما لم يتبين أن الاتفاق ما كان يتم لو علم الشركاء أن مدته ستكون خمس سنوات، ففي هذه الحالة يبطل الاتفاق كله. وذلك إعمالا للقواعد العامة في شأن إنقاص العقد. (وفقا لنص المادة 104 من القانون المدني) و يجوز للشركاء بعد انقضاء مدة الخمس سنوات الاتفاق على مدة أخرى يمتنع خلالها طلب القسمة، بشرط ألا تزيد المدة الجديدة أيضا عن خمس سنوات. و إذا تم الاتفاق على البقاء في الشيوع من قبل بعض الشركاء دون البعض الآخر فإن هذا الاتفاق يكون ملزما لمن وافق عليه بينما يجوز للآخرين طلب القسمة في أي وقت.[2]

ويصح أن يكون مصدر التزام الشركاء بالبقاء في الشيوع ليس اتفاق بينهم و إنما اتفاق بينهم وبين السلف الذي تلقوا منه المال الشائع ، مثال ذلك أن يهب شخص مالا إلى شخصين على الشيوع مشترطا عليهم البقاء في الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات و كان ذلك لباعث مشروع، أو أن يوصي شخص بمال لشخصين على الشيوع مشترطا عليهم مثل الشرط السابق[3] ذلك أنه إذا كان المشرع يقضي بصحة الشرط المانع من التصرف إذا ورد في الوصية، فيكون الشرط الذي يقتصر على مجرد منع طلب القسمة جائزا من باب أولى.[4]

نخلص من كل ما تقدم أنه إذا لم يكن الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق كان له أن يطلب القسمة في أي وقت. وتعين على القاضي أن يجيبه إلى هذا الطلب. فليس للقاضي في هذه الحالة سلطة تقدير ما إذا كانت القسمة ضارة أم غير ضارة بمصالح الشركاء. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا قرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه، فقد رأينا أنه إذا اعترض أحد الشركاء الآخرين على ذلك و تظلم إلى المحكمة طالبا القسمة كان على المحكمة أن تنظر فيما إذا كانت القسمة ضارة أم غير ضارة بمصالح الشركاء.[5]

ونعرض بشأن قسمة المال إلى كيفية إجراء القسمة في المبحث الأول. و إلى الآثار المترتبة عنها في المبحث الثاني.

4.2.1) د/محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 152.151

3) د/رمضان أبو السعود المرجع السابق ص547.546

5) د/ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص 52

المبحث الأول

كيفـــــية إجـــــراء القســــمة

قسمة المال الشائع هي إجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز منه يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال.(1)

والقسمة يمكن تقسيمها إلى أنواع مختلفة،فهي تنقسم أولا إلى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) وقسمة نهائية (partage définitif)،فالقسمة المؤقتة هي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية على التفصيل الذي قدمناه،وهي قسمة منفعة لا قسمة ملك،ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ،ومن ثم سميت بالقسمة المؤقتة.أما القسمة النهائية فهي قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب،وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة المؤقتة،ما لم تكن معلقة على شرط وتخلف الشرط،فإنها في هذه الحالة تزول بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن،ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة(partage provisoire).فهناك إذن فرق بين القسمة المؤقتة(provisionnel) والقسمة غير الباتة(provisoire).فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعي،في حين أن الثانية تبقى دائما أو تزول بأثر رجعي،فهي إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن.(2)

والقسمة النهائية قد تكون كلية(Partage total) أي ترد على كل الأموال الشائعة فتؤدي إلى إنهاء الشيوع فيها كلها وقد تكون جزئية (Partage partiel) ترد على بعض الأموال الشائعة أو بالنسبة لشريك أو لبعض الشركاء فتؤدي إلى إنهاء الشيوع بالنسبة لجزء من المال الشائع، أو بالنسبة لشريك أو بعض الشركاء مع بقاء الشيوع في الجزء الباقي أو بالنسبة لباقي الشركاء. .(3)

كما أن القسمة النهائية قد تكون عينية (Partage en nature) أو قد تكون بطريق التصفية (Partage par licitation). فتكون القسمة عينية إذا اختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، وتتم القسمة بطريق التصفية إذا بيع المال الشائع بالمزاد.(4)

والأصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء، وفي هذه الحالة تكون القسمة اتفاقية أو رضائية (Partage amiable , conventionnel) – ونتناولها في المطلب الأول- فإن تعذر الاتفاق بين الشركاء فيرفع الأمر إلى القضاء لإجرائها، فتكون القسمة في هذه الحالة قسمة قضائية(5) (Partage Judiciaire) – والتي نتناولها في المطلب الثاني-.

1) المستشار عزمي البكري قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء دار محمود للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة ص 11

2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 889.888

4.3) د/ عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص 132

5) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص153

المطلب الأول

القسمـــــــة الإتفاقيـــــــة

تتم القسمة في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال بالطريقة التي تراضوا عليها.[1]

وهذا ما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني بقولها :" يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون."

فللشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرزون نصيب كل منهم في المال الشائع، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل، ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعهن أو جزئية يقصرونها على بعض هذا المال فيظل باقي المال شائعا بينهم على أصله.[2]

ولهم الاتفاق على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم بينما يستمر الباقون في الشيوع، ولهم الاتفاق على إجراء القسمة بطريق التصفية فيبيعون المال الشائع ويقتسمون ثمنه كل بحسب مقدار حضته، ويتفق الشركاء على ذلك عادة إذا كان المال لا يقبل القسمة العينية، أو إذا كانت قسمته عينا تؤدي إلى خسارة لهم.[3]

كما لهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب أنصبائهم، على أن يظل الجزء الباقي شائعا بينهم أو يقتسمونه عينا، إضافة إلى أن لهم إجراء البيع بطريق الممارسة (التراضي)، أما إذا اختلفوا في ذلك فلا مناص بإجراء البيع بالمزاد. وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فإن لهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء، أو أن يسمحوا لأجنبي عن الشيوع بالدخول في المزاد، فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية، أما إذا رسا على أجنبي اعتبر رسوه بيعا.[4]

والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحله المال الشائع، ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام العقود. فلا بد من تراصي الشركاء، وتوافر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع.[5]

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء، كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة، إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة.[6]

---

1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص153

4.3.2) المستشار عزمي البكري المرجع السابق ص 42.41

6.5) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 893.892

ويراعا أن القسمة الاتفاقية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا، وعلى ذلك إذا اتفق البعض عليها دون البعض الآخر، فلا يترتب عليها إنهاء الشيوع حيث يشترط الإجماع لهذا الإنهاء. وعقد القسمة لا يعد هنا باطلا إنما يلزم فقط من ارتضى به، أما الآخرين فلا ينفذ في حقهم إلا إذا أقروه وعندئذ يتحقق الإجماع المنهي للشيوع.[1]

وتنص الفقرة الأولى من المادة 574 من القانون المدني على أنه :" لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء..."

ولما كان عقد القسمة من العقود التبادلية، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر،فإنه يلزم لإبرامه قيام وكالة خاصة،أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه .[2]

وكما تقع القسمة الاتفاقية أو الرضائية بالاتفاق الصريح عليها بين جميع الشركاء فإنه يمكن أن تقع بالاتفاق ضمنيا عليها،وهي ما تسمى بالقسمة الفعلية،بأن يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ويتبعه في ذلك باقي الشركاء بالتصرف في أجزاء مفرزة تساوي حصصهم، فيكون تصرفهم دليل على رضائهم به القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء.[3]

وعن إجراءات القسمة الاتفاقية فتتم عمليا، بإعداد مخطط لموقع الأمكنة، وخمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد، ترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشيوع أو الموثق، وتودع بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية، وبعد مراجعة هذه التقارير ومعاينة الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة، والتأكد من احترام المسافات، وأن الأرض ليست زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح رخصة التجزئة[4]. وبعد الحصول على هذه الرخصة يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة، ثم يشهر بالمحافظة العقارية ذلك لكون العقار أصلا كان وحدة عقارية واحدة مشهرة بالمحافظة العقارية بهذه الصفة، وبعد القسمة انقسم إلى عدة وحدات عقارية متميزة عن بعضها، وتعدد مالكيها وبالتالي وجب إشهارها بالمحافظة العقارية.[5]

والملاحظ ميدانيا، أن كثيرا ما يلجأ المالكين في الشيوع إلى القضاء، طالبين المصادقة على القسمة الاتفاقية، فيقوم القاضي بالإطلاع على مشروع القسمة المعد من قبل الخبير الذي اختاره الأطراف، ويصادق عليها. وفي هذا خروج عن الصواب، ذلك أن القسمة الاتفاقية تعني عدم وجود منازعة والقضاء ليس معدا إلى لفض المنازعات، لا مصلحة إدارية مهمتها تقديم الإشهادات والمصادقة على الاتفاقات، وبالتالي فالصواب هو الحكم برفض الدعوى لعدم وجود منازعة.[6]

1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 549

2) م/ محمد عزمي البكري المرجع السابق ص 47

3) د/ محمود خيال الحقوق العينية الأصلية جامعة القاهرة 1992 ص 109.108

4) أ/ ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 63

6.5) القاضية مزعاش نسيمة دعوى القسمة نشرة القضاة العدد الأول لسنة 2000 ص 52.51

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان محل القسمة أرضا فلاحية فلا يجوز قسمتها إلى في حدود المساحة المرجعية، كما تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 1997/11/20، والذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية.[1]

وفيما يتعلق بالإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية فقد تضمنها قانون الأسرة، وهي الحصول على إذن من القاضي، وفقا لما نصت عليه المادة 1/88 من قانون الأسرة فيما يخص الولي، والمادة 95 فيما يتعلق بسلطات الوصي، والمادة 100 فيما يتعلق بالمقدم.[2]

فالقانون المدني اعتبر أن وجود قاصر من بين الشركاء، يحتم تدخل إجراءات خاصة للقسمة، وهي تلك المنصوص عليها بالمادة 88 من قانون الأسرة الخاصة بالإذن، إذ أنها نصت على أن كل تصرف يتعلق ببيع عقار أو قسمته أو إجراء المصالحة، يتطلب الحصول على إذن من القاضي لولي القاصر. إلا أن القانون سكت عن كيفية استصدار هذا الإذن، وإن كان المقصود بالإذن هو القسمة القضائية. ومن هو القاضي الذي يتولى ذلك؟ هل هو رئيس المحكمة أم قاضي الأحوال الشخصية؟[3]

إن سكوت كل من قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية، قد فتح المجال واسعا أمام الاجتهاد في الحياة العملية. إذ أنه يلاحظ أنه كلما كان من بين الورثة قاصرا فإن الشركاء يلجؤون إلى المحكمة لإجراء القسمة، وبالتالي تكون القسمة قضائية.[4]

ويذهب رأي أخر في الساحة القضائية إلى أن السليم هو تطبيق نص المادة 88 من قانون الأسرة كما هي بخصوص الإذن، وذلك بلجوء الولي إلى رئيس المحكمة باعتبار هذا الأخير مكلفا بالأعمال الولائية، ويعرض عليه مشروع قسمة معد من قبل خبير مختص، وكذا ما يفيد موافقة بقية الورثة على نتائج الخبرة، ثم يقوم رئيس المحكمة بالإطلاع على الملف لاسيما مشروع القسمة، وله في ذلك أن يستعين بذوي الخبرة والاختصاص على سبيل الرقابة والتأكد من صحة وعدم نتائج القسمة التي توصل إليها الخبير الأول. فإذا اتضح له سلامة الإجراءات والخبرة، منح إذنه للولي باقتسام المال الشائع على الوجه المحدد بالخبرة المقدمة، وذلك في إطار الأعمال الولائية لرئيس المحكمة. وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا تحت رقم 51288 بتاريخ 1988/12/19 جاء فيه: " من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي. ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوي متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى وأن قضاة المجلس بتأيدهم للحكم القاضي بصحة الإجراءات خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه." [5]

5.4.3.1) القاضية مزعاش نسيمة المرجع السابق ص 53.52

2) أ/ ملزي عبد الرحمان المرجع السابق ص 63

نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن

ولما كانت القسمة الاتفاقية كما قدمنا، عقدا تسري عليه أحكام سائر العقود، فإن وجه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد.[1]

فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملا في تركة مستقبلة، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان.[2]

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية، فإذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا، ولم تراع الإجراءات التي أسلفنا ذكرها في القسمة جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة.[3]

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة فإذا وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها بحد كبير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط. كذلك يجوز إبطال هذه القسمة للتدليس أو الإكراه. أما الغبن، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة.[4]

إذ نصت بخصوصه المادة 732 من القانون المدني على أنه: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس. على أن تكون العبرة في تقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته."

يلاحظ من هذا النص أن نقض القسمة للغبن مقصور فقط على القسمة الاتفاقية دون القضائية (فالقانون يحيط هذه القسمة الأخيرة بضمانات تكفل عدم وجود غبن وتحقق المساواة بين المتقاسمين)، ويلاحظ ثانيا أن القسمة الاتفاقية باعتبارها عقدا فهي تخضع للقواعد العامة التي تتطلب بجانب الغبن المادي الذي يتمثل في عدم التعادل أن يتحقق ركن نفسي هو استغلال ما في المتعاقد الآخر من هوى جامح أو طيش بين، مع ذلك ففي القسمة راعى المشرع أن وظيفتها تقضي أن يسود مبدأ المساواة والعدالة في حصول كل متقاسم على نصيب مفرز يعادل حصته الشائعة، وإعمالا أيضا لمفهوم القسمة التي تقتصر وظيفتها على الكشف عن الحق الذي كان ثابتا من قبل للشريك المشتاع، لذلك أخذ المشرع هنا بالغبن في ذاته جاعلا منه عيبا في عقد القسمة يجيز نقضها إذا أصاب أحد المتقاسمين غبنا يزيد على خمس ما يستحقه ولم يكن هناك استغلال لهوى أو طيش.[5]

4.3.2.1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ص 899.898

5) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 550

فبهذا النص يكون المشرع قد اعتد بالغبن مجردا عن الظروف المؤدية إليها، فقد اعتد في ذلك بالغبن بمفهومه المادي، أي ولو لم يكن ثمة استغلال من جانب أحد المتعاقدين. وهذا حكم استثنائي تختص به القسمة رغبة من المشرع في تحقيق المساواة بين المتقاسمين.[1]

فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون، وعلى ذلك يجوز لهذا الأخير إجازة عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن إجازة صريحة فتستقر القسمة ولا تقبل النقض، أو ضمنيا بقيامه بتنفيذ عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به.[2]

وقد اشترط المشرع في الغبن الذي يسمح للشريك بطلب نقض القسمة أن يزيد على خمس ما يستحقه. فإذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا يعتد به ولا يجوز الطعن في القسمة بسببه.[3]

والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء الذي تمت قسمته وقت القسمة، فلا يعتد بوقت رفع الدعوى ولا بقيمة الشيء عند نشوء الشيوع.[4]

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية على النحو الذي بسطناه. جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى ولو كان المال المقسوم منقولا، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون المبيع عقارا.[5]

والمدعي في هذه الدعوى هو الشريك الذي لحقه الغبن، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون البعض الآخر، فلا يستطيع الشريك الذي لم يلحقه غبن رفع الدعوى. وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذي لحقه الغبن إلى ورثته، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى، أو أن يواصل السير فيها. ويجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه، طبقا للقواعد العامة في الدعوى غير المباشرة. والمدعى عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء، لأن دعوى الغبن ترمي إلى إبطال القسمة الاتفاقية، وهذه قد تمت بتراضي جميع الشركاء.[6]

ويجب رفع دعوى الغبن لنقض القسمة في خلال السنة التالية للقسمة، وهذا الميعاد يعد من مواعيد السقوط التي لا تقبل الوقف أو الانقطاع. ويقع عبء إثبات الغبن الزائد على الخمس على الشريك المغبون المدعي في دعوى نقض القسمة، وله هذا الإثبات بكافة الطرق لأنه يثبت واقعة مادية. فإذا تحقق القاضي من الغبن على النحو المتقدم قضى بنقض القسمة وإبطال عقدها دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك.[7]

وإذا نقضت القسمة الاتفاقية، اعتبرت كأن لم تكن وعادت حالة الشيوع التي سبق زوالها بالقسمة قبل إبطالها، وللإبطال أثر رجعي حيث يترتب على نقض القسمة إسقاط كافة تصرفات الشركاء في الأموال المفرزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة التي أبطلت.[8]

ويجوز للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة أن يتلافى نقضها إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته، ويصح أن يتم هذا الإكمال نقدا أو عينا، ولا يكف هنا على عكس الحكم في بيع العقار أن تكمل حصة

3.1) د/ محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 157.156

8.7.4.2) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 551.550

6.5) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ص 906.905

المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق، بل يجب أن يكمل كل ما نقص من حصته. ويجوز للمـــدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام جهة الاستئناف لأول مرة.[1]

1) د/ رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 551